

LA INDESEABLE “HUIDA” DEL DERECHO ADMINISTRATIVO HACIA EL DERECHO PENAL. ALGUNAS REFLEXIONES PARA EL DEBATE

THE INDESEABLE “FLIGHT” OF ADMINISTRATIVE LAW TO CRIMINAL LAW. SOME REFLECTIONS FOR DISCUSSION

SALVADOR M^a MARTÍN VALDIVIA¹

Recibido: 12/06/2019

Aceptado: 25/06/2019

Resumen: En los delitos de corte administrativo (delitos urbanísticos, prevaricación, malversación, cohecho, etc.) son importantes los límites del *ius puniendi* del Estado. Los principios de legalidad, tipicidad y proporcionalidad se enredan en la maraña de tipos sancionadores hasta el punto de generar una gran confusión en los operadores jurídicos afectados. Tanto aplicadores del derecho como investigados se mueven en zonas oscuras poco recomendables desde la perspectiva de la seguridad jurídica. La normativa vigente, la jurisprudencia de los tribunales y la actual situación sociopolítica de España hacen precisa una reformulación de las bases del derecho sancionador, tanto administrativo como penal, confiriendo, tal vez, un especial protagonismo de administraciones públicas locales en la resolución de la espesura de procesos pendientes y por venir.

PALABRAS CLAVE: seguridad jurídica. Separación entre delitos y sanciones administrativas. Principio de proporcionalidad en la aplicación de sanciones. Reformulación de las bases del derecho sancionador administrativo.

Abstract: In the crimes of administrative court (urban crimes, prevarication, embezzlement, bribery, etc.) the limits of the *ius puniendi* of the State are important. The principles of legality, typicity and proportionality are entangled in the tangle of sanctioning types to the point of generating great confusion in the affected legal operators. Both applicants of the law and suspicious investigated move in dark areas not recommended from the perspective of legal security. The current regulations, the jurisprudence of the courts and the current sociopolitical situation of Spain require a reformulation of the bases of sanctioning law, both administrative and criminal, conferring, perhaps, a special role of local public administrations in the resolution of the thicket of pending processes and to come.

¹ Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Jaén.

KEY WORDS: legal security. Separation between crimes and administrative sanctions. Principle of proportionality in the application of sanctions. Reformulation of the bases of the administrative sanctioning law.

En estos tiempos mediáticos en los que nos ha tocado vivir, no son pocas las ocasiones en las que nos alerta la noticia de alguna operación policial o judicial contra entramados políticos, funcionariales o empresariales por turbios “negocios” que anidan o se robustecen con la actividad pública en el seno de nuestras administraciones. Delitos de prevaricación, malversación, cohecho, ambientales, urbanísticos, etc. son caldo de cultivo para la polémica informativa y también, como ahora, para el debate doctrinal.

Desde la perspectiva académica, la diatriba que de manera recurrente termina por plantearse al estudioso de la materia no es otra que hasta dónde pueden alcanzar las consecuencias de una incorrecta separación entre derecho administrativo y derecho penal, entre el ejercicio de la acción sancionadora de la administración y el *ius puniendi* del Estado. Sus límites no están del todo claros. Las diferencias de trato al justiciable en unos y otros casos no son todo lo diáfanas -y, por ello, nada alentadoras- que pudiera desearse. Principios generales del derecho como el de intervención mínima del derecho penal, la necesaria sujeción al juez natural para la reprensión del ilícito -la especialización de las jurisdicciones, en definitiva-, o la exigencia de una completa tipificación de las conductas y la proscripción del abuso de las normas penales en blanco son piedras en el camino para garantizar la plenitud de los derechos de los investigados pero, también, de la realización plena de la justicia sancionadora en los casos en que se advierta la necesidad de esa ineluctable reprensión.

Y esta preocupación está latente en cualquier instrucción penal que se apertura para la depuración de responsabilidades de funcionarios y políticos en el ejercicio de sus funciones. Siempre quedará la duda de si el Estado sancionador ha actuado con la debida ponderación del principio de proporcionalidad, de tal modo que quede atemperada la gravedad de los hechos a la severidad de las medidas disciplinarias. Esta preocupación se manifiesta de manera ciertamente reveladora en el ámbito del derecho urbanístico, aunque no sólo.

Partimos de una formulación naturalmente aceptada por la doctrina: las desviaciones producidas por la transgresión de normas urbanísticas se controlarán por la Administración que, a su vez, era sometida en la censura de su legalidad al ámbito jurisdiccional contencioso administrativo, en tanto que la jurisdicción penal, como *ultima ratio*, sólo vigilaba los más graves excesos y ataques contra el orden jurídico establecido. Los papeles estaban bien definidos y los remedios para impedir su transgresión también.

No obstante, ya con la modificación del Código Penal de 1995 se introdujeron los tipos penales de los delitos contra la ordenación del territorio (artículos 319 y 320) que, en la posterior aplicación forense, han dado lugar durante estos años a numerosas controversias, fundamentalmente motivadas por la obscuridad e indefinición de los

límites entre los ilícitos penal y administrativo, con la pesada carga de inseguridad jurídica que la aplicación de esos preceptos ha conllevado.

Pero la realidad tozuda es otra. Son muchos y de mucho peso (político, económico, sociológico...) los conflictos suscitados a lo largo y ancho del territorio nacional por la indeseada situación de anarquía urbanística generada, de un lado, por la sensación de impunidad que ha llevado a muchos ciudadanos a construir lo que les plazca allí donde les plazca y también, justo es reconocerlo, por la indolencia, la injustificable desidia de las administraciones públicas encargadas del control del urbanismo.

En efecto, y tal vez como reflejo del tan manido efecto "acción-reacción", y frente a los abusos que en muchos casos se han cometido en feroces en desarrollos inmobiliarios, parece como si en el entorno del Derecho Urbanístico, la disciplina estuviera llamada a erigirse en la ineluctable y fatal solución a la degradación experimentada en este ámbito, alzándose en su nuevo papel protagonista. Pero como acabo de referir, se ha tardado tanto en asumir esa responsabilidad, que la disciplina urbanística como medio sanatorio para tan constantes y pertinaces ataques a la legalidad ha dejado de tener crédito para el legislador y para la jurisprudencia. Ya lo fue el legislador penal de 1995 que estableció como tipos generales en la lucha contra la indisciplina urbanística los artículos 319 y 320 del Código Penal, pero ha sido en 2010 cuando ese mismo legislador ha terminado por apretar tuercas en tipos delictivos, actividades perseguidas y personas responsables. No queda a la zaga la reacción que, en aplicación de esa normativa penal, han mostrado los tribunales españoles. Desde cualquier juzgado de lo penal hasta del Tribunal Supremo han terminado por, con mayor o menor acierto -más bien esto último-, engendrar un nuevo y confuso cuerpo jurisprudencial protector de la legalidad urbanística que, a fuerza de ser sinceros, ha compaginado efectividad en la lucha contra esa indisciplina y desaguizados jurídicos propios de quien se ve obligado a manejar normas penales en blanco utilizando conceptos e instrumentos que tan ajenos resultan al juez penal como los que se contemplan en la normativa urbanística. Lo cierto es que, tanto para el legislador como para la jurisprudencia, lo que queda claro es que los remedios propuestos por el legislador urbanístico administrativo no son en absoluto eficientes. Tanto es así que ni a los ojos del Tribunal Supremo los instrumentos que en ella se manejan aparecen como los idóneos -cuando menos, los considera exigüos- para alcanzar el fin que de ellos se espera. O al menos eso es lo que, con toda claridad, se desprendía de aquella paradigmática Sentencia de la Sala Segunda del Alto Tribunal de 27 de noviembre de 2009, que vino a poner en jaque al derecho administrativo. Llego casi a ridiculizarlo, como justificación a la entrada en tromba del derecho penal para poner fin a los desvaríos urbanísticos ante la inepta mirada de los mecanismos urbanísticos en materia de disciplina:

"La desastrosa situación a que, a pesar de la normativa legal y administrativa, se ha llegado en España respecto a la ordenación del territorio, incluida la destrucción paisajística, justifica que, ante la inoperancia de la disciplina urbanística, se acude (sic) al derecho penal, como última ratio. Sin que quepa desconocer que la profunda lesión del bien jurídico protegido trae causa en buena parte del efecto acumulativo provocado por transgresiones [sic]..."

La insuficiencia o, mejor dicho, el imperfecto empleo de los instrumentos de la disciplina urbanística para atajar con integridad los excesos cometidos en los últimos años en el territorio nacional no escapa a la más miope de las miradas, pero colgar el sambenito de absoluta inutilidad a esas técnicas tan honda y largamente ensambladas es sencillamente un despropósito. Porque la inhabilidad no reside en sus técnicas, que a mi juicio están muy lejos del estado esclerótico del que se les acusa, sino en todo caso, en la ineptitud o indolencia de quienes deben hacerlas valer. La solución no estriba en condenar los medios *naturales* de control del urbanismo y, ni mucho menos, en criminalizar conductas que pueden –y deben- ser reprendidas *sólo* en el ámbito administrativo.

Y en esas hemos entrado: el Tribunal Supremo prescribió entonces la inepticia de la disciplina urbanística para atajar los problemas urbanísticos, el poder legislativo se suma gozoso a la tendencia -mejor, ahonda en ella- y, con las últimas propuestas normativas, emplaza a los Tribunales penales de justicia a interpretar conceptos jurídicos indeterminados de difícil exégesis -incluso para los tribunales especializados de lo contencioso administrativo- para imponer (o no) penas a quienes hubieren cometido (o no) los ilícitos administrativos que se mal dibujan en los nuevos tipos penales. Y eso terminará por ser, como fácilmente advertirá el lector, la verbena de la inseguridad jurídica.

En efecto, es honda la inquietud en la doctrina por la incidencia que en el ámbito de la seguridad jurídica pueda tener el empleo en los tipos penales de conceptos jurídicos indeterminados que tan difícil exégesis suelen requerir ya, por otra parte, a los jueces especializados en la materia, los de lo contencioso administrativo. Pensemos, por ejemplo, en la distinción entre obras autorizadas y autorizables, y la definición de lo que por estas últimas deberá entenderse en atención a la amplísima gama de posibilidades que a este respecto pueda ofrecer la legislación urbanística (o mejor dicho, las 17 legislaciones urbanísticas que actualmente van a influir, cada una de la forma distinta, por cierto, en la completa tipificación del delito), por cuanto se va a interpelar ahora al juez penal sobre cuestiones tales como si una vivienda en suelo urbanizable resulta o no legalizable en atención a las distintas circunstancias que rodean a su construcción, con valoraciones –de índole estrictamente urbanística, claro está- respecto a si se entiende *necesaria* o no para una explotación agropecuaria, si está o no directamente *vinculada* a ella, si por el manejo de cada una de esas normativas autonómicas son precisas esas *necesidad* y *vinculación*, etc.; o si, no tratándose necesariamente de viviendas en suelo urbanizable, debiera el juez penal indagar la eventual transgresión de la normativa con construcciones de las que merezcan la previa declaración de utilidad pública o interés social que en todas las legislaciones autonómicas aparecen como excepciones a la prohibición de edificar en suelo no urbanizable, y cuya declaración, desde luego, no debería nunca quedar al albur al juez penal ni puede sustraerse a quien legítimamente corresponde, que es al municipio –o eventualmente al órgano autonómico correspondiente-. Por no extendernos aquí en la incertidumbre que puede generar al justiciable -me estoy refiriendo a la técnicos y funcionarios- la labor de informar a partir de ahora proyectos urbanísticos de cualquier índole. Debiendo entenderse dentro de sus competencias la del exhaustivo conocimiento de la normativa urbanística aplicable (así pues no cabría, en principio, hablar de inexistencia del dolo preciso para la apreciación del delito, en tanto que el funcionario o técnico, cuando informan, presumiblemente lo hacen siempre "*a sabiendas*"), la consecuencia sería que cualquier error a la hora de informar favorablemente un proyecto en el que eventualmente pudiera advertirse algún

tipo de irregularidad o contradicción con normas legales de obligada aplicación, supondría sin más, por aplicación directa del recién definido tipo del artículo 320 del Código Penal, la perpetración de un delito contra la ordenación del territorio de los que merecen hasta cuatro años de prisión. Olvidando así que en el ámbito del Derecho Administrativo no toda contravención de una norma urbanística tiene necesariamente por qué dar lugar a la nulidad radical del acto administrativo. Recordemos que en nuestra doctrina hay distingos entre nulidad, anulabilidad e irregularidad no invalidante, incluso advirtiéndose la posibilidad de la convalidación de actos inicialmente teñidos de algún viso de irregularidad. Y no por ello la sanción que el Derecho Administrativo le imponga al resultado final del procedimiento deba ser la de la anulación de sus efectos.

Este planteamiento merece una reflexión: ¿pueden verse sancionadas tales conductas (todas ellas, sólo algunas...) con la imposición de una sanción penal de tan severa gravedad como la que el artículo 320 ahora nos propone? Son tantas y tan prolijas las circunstancias que pueden conducir a la legalización (autorización) o ilegalización de una edificación en suelo no urbanizable que, desde luego, a quien en absoluto le debiera ser dada la posibilidad de discernir sobre ello (ya no por competencia jurisdiccional, sino incluso por capacidad técnico-jurídica) es a alguien como al juez penal. Y no es por demérito, sino sólo por especialización. Cuan triste (y grotesca) resulta la participación de “peritos” jurídicos en tantos procesos penales que le hayan de explicar al juez qué es legalizable y qué no lo es. Flaquísimo favor al “*iura novit curia*”; discutamos ahora, incluso, sobre la posibilidad de admitir peritos “jurídicos” al albur de los márgenes en los que debe discurrir un peritaje según la Ley de Enjuiciamiento Civil (“*Cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos ...*”, nos habilita su art. 335.1). Resulta ciertamente extravagante la paradoja de que el Juez penal haya de recurrir a jurídicos urbanistas para conocer los límites de su poder punitivo.

Todas estas reflexiones nos llevan a concluir en dos axiomas que, como tales, propongo fijar como incuestionables a la hora de analizar el problema. El primero, que el Derecho Administrativo y, como especialidad, la disciplina urbanística, disponen de medios idóneos y suficientes para atajar los problemas suscitados por una mala ejecución del planeamiento y de la gestión urbanística; y, segundo, que la realidad demuestra que no siempre ello es así, pues en más ocasiones de las deseables, quizás magnificadas por la gravedad de los hechos, el engranaje jurídico administrativo -el urbanístico- no es bastante.

No obstante lo anterior, se dibuja hoy como perentorio un vuelco a la situación. El derecho administrativo debe ser capaz de reaccionar frente a las infracciones que se residencian en esta disciplina. Y debe ser capaz, por eficiente, eficaz y riguroso. Todas las ventajas de las que disfruta la jurisdicción penal frente al actuar administrativo que más arriba hemos glosado se difuminarían como tales si el Derecho Administrativo fuese apto para implementarlas por los cauces adecuados. La impersonalidad de la justicia penal frente a los infractores, la asepsia de una orden de demolición de lo indebidamente construido impuesta por un órgano administrativo cuya cercanía al obligado no pusiese en peligro la objetividad y la efectividad de lo acordado, la eficacia de las medidas contra la indolencia de las autoridades municipales encargadas en primera instancia de hacer efectivos los mecanismos de la disciplina urbanística, la *sumariedad* en la tramitación de los procedimientos sancionadores y en la adopción de las medidas cautelares previstas en la norma urbanística, etc.; todas esas ventajas que en principio predicamos de la justicia penal podrían hacerse efectivas si las

competencias administrativas fueran ejercidas con firmeza, efectividad y eficiencia en el seno del procedimiento administrativo reglamentariamente habilitado.

Nos urge a los administrativistas proponer fórmulas, encontrar soluciones. Y quizá sea ahora el momento político-social pertinente para plantearse esas contiendas en el ámbito de las ideas, pero también en la arena de lo práctico. Justo en la coyuntura en la que, por ejemplo, se pone continua e intensamente en un brete el papel de las Diputaciones Provinciales, lo minifundista de la división municipal del territorio o la naturaleza y alcance que la actuación de los (a veces, remotos) órganos autonómicos pueden desplegar en esta materia. Que la competencia para la tarea de inspección y control disciplinario en materia urbanística sea sustraída de municipios incapaces de afrontarla, para quedar residenciada genuinamente en las Diputaciones Provinciales o, en su caso, en las Comunidades Autónomas en supuestos de insuficiencia de medios de los municipios, con la obligación, no la facultad, conforme generalmente se prevé en la normativa de aplicación, de asumir la delegación de esas funciones a petición de la Corporación Local, puede servir, de un lado, para dotar a esos servicios de la eficacia y la eficiencia que hasta ahora parece tener reconocida en exclusiva -y como poco menos que un axioma- la justicia penal y, de otro, para dotar a las Diputaciones Provinciales de ciertos contenidos de indudable alcance práctico de los que hasta ahora, al menos en este concreto ámbito, carece.

Pero entretanto se redefine el mapa del municipalismo en España, o bien esa deseable regulación termina por perfilarse y concretarse en una norma positiva, tampoco estaría de más exigir del legislador penal un mayor grado de concreción y definición de los elementos objetivos del tipo penal. Un claro ejemplo de lo que podríamos considerar de sobrada gravedad como para aconsejar la corrección disciplinaria a través del derecho penal viene dada en la tipificación de las infracciones muy graves que, a título de ejemplo, aparecen en el artículo 52 del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía -reiterado en otros muchos textos normativos autonómicos- cuando se trata de definir actuaciones respecto de las cuales no va a resultar nada sencilla su regularización urbanística. Actuaciones en principio alegales, por no contar con previa autorización administrativa, y que además se ubiquen en entornos especialmente protegidos o destinados a satisfacer necesidades generales, constituyen ese tipo de conductas cuya reprensión bien pudiera ser directamente confiada al derecho penal. Pero el abuso del empleo de normas penales en blanco para definir los tipos, la confianza en que el juez penal elabore un juicio de criminalidad basado en conceptos jurídicos indeterminados de naturaleza típicamente urbanística, la renuncia al uso de la prejudicialidad devolutiva administrativa, la inevitable dispersión normativa y el trato discriminatorio de ella derivado que se produce por la diversa influencia que las distintas normas urbanísticas autonómicas tienen en la tipificación de las conductas delictivas, su generalización a todos aquellos comportamientos que pudieran consumarse en ámbitos de suelo no urbanizable, la criminalización indiscriminada del incorrecto actuar administrativo de técnicos, jurídicos o responsables políticos cuya depuración bien pudiera procurarse en el seno de procedimientos administrativos o, en fin, la absurda criminalización de la comisión por omisión de delitos urbanísticos por un poco ponderado análisis de la enjundia de las tareas inspectoras, sobre todo en municipios con escasos medios materiales y personales, resultan prevenciones a todas luces desmesuradas y gravemente atentatorias a los principios generales del derecho y aún al simple sentido común.

Todas estas reflexiones, que hemos anudado hoy al derecho urbanístico, son, sin duda, trasladables a otros ámbitos de derecho penal y administrativo relacionados con el ejercicio de funciones públicas por funcionarios y autoridades que en los últimos tiempos están más pendientes de esquivar procesos penales que de administrar con eficacia y con eficiencia, conforme exige el artículo 103 de nuestra Constitución, los asuntos públicos en pos de la consecución del interés general, del bien común. Redefinir los contornos, muchas veces confusos, del derecho penal y del derecho administrativo sancionador es una tarea que corresponde a los poderes públicos (legislador, judicial y ejecutivo) de manera perentoria. Tanta mayor seguridad jurídica, cuanta más definición se exija a los distintos tipos penales y sancionadores se hayan de dibujar. Tanta mayor eficiencia administrativa, cuanta mayor sea la tarea de esos poderes públicos en fijar los contenidos de esas instituciones que, en más de una ocasión, se entretejen y confunden en claro perjuicio de la seguridad jurídica, del interés general.

BIBLIOGRAFÍA

“URBANISMO Y CORRUPCIÓN POLÍTICA”; (una visión penal civil y administrativa)” VV.AA., dirigida por Morillas Cueva, Lorenzo. Editorial Dykinson, S.L. Madrid 2013.

BLANQUER CRIADO, DAVID, “*En la disciplina urbanística, como en el siete y medio, tan malo es no llegar como pasarse*”, publicado en la revista “El Notario del siglo XXI”, editado por el Colegio Notarial De Madrid, julio-agosto 2011, número 38.

BOIX REIG, J. y JUANATEY DORADO, C., en “*Comentarios al Código Penal de 1995, volumen II*”, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

CARMONA SALGADO, C., “Delitos sobre la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico”, en AA.VV. (Cobo del Rosal, M., Dir.), *Curso de Derecho Penal Especial. Parte especial*, Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 1997.

FERNÁNDEZ TORRES, JUAN RAMÓN en “*Urbanismo (potestad sancionadora)*”, pg. 1245, en obra colectiva “Diccionario de sanciones administrativas” Dir. Blanca Lozano, Ed. IUESTEL, 2010.

FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Manual de Derecho Urbanístico*, La Ley-El Consultor, Madrid, 21^a ed, 2008.

GARCÍA ARAN, M., “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XVI, Universidad de Santiago de Compostela.

GIMENO SENDRA, VICENTE. “*Cuestiones prejudiciales devolutivas y non bis in ídem en el proceso penal*”; Diario La Ley, N^o 5817, Sección Doctrina, 4 Jul. 2003, Año XXIV, Ref. D-158, Editorial La Ley.

GÓMEZ RIVERO M.C., El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

JIMÉNEZ BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, ANTONIO; en “*El juez penal y el control de la administración: notas sobre la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 noviembre 2009, asunto Andratx*”, en el libro homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno. Editorial Iustel, 2011.

LOZANO CUTANDA, Blanca, en “Delitos contra la ordenación del territorio”, Revista La Ley, n^o 7534.

MANZANERA, J. L. «El delito urbanístico en la jurisprudencia reciente», La Ley Penal, núm. 50.

ORTEGA MONTORO, RODRIGO, “Los delitos contra la ordenación del territorio en el Código Penal de 1995”. Diario La Ley, Sección Doctrina, 1997, Ref. D-326, tomo 6, Editorial LA LEY.

REBOLLO PUIG, MANUEL; en “Ordenación del Territorio en Andalucía”, editorial Iustel, 2007.

RODRÍGUEZ RAMOS, LUÍS “¿Hacia un nuevo Derecho Penal privado y secundario? (Las nuevas cuestiones prejudiciales suspensivas)”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 251, 1996.

RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS, en "El blockbusting (una excrecencia legislativa más)". Revista la Ley, número 7534, diciembre 2010.

SALINERO ALONSO, CARMEN. Delitos contra la ordenación del territorio”. Diario La Ley, Sección Doctrina, 1997, Ref. D-225, tomo 4, Editorial LA LEY.

SERRANO GÓMEZ, “*Derecho penal, Parte especial*”, 4.ª edic., con la colaboración de SERRANO MAILLO, 1999.

VERCHER NOGUERA A.: “La delincuencia urbanística. Aspectos penales prácticos sobre urbanismo y ordenación del territorio”, Colex, Madrid, 2002.

VERDÚ MIRA, A., «Los nuevos delitos contra la ordenación territorial», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 1996, núm. 266.